

WYROK
z dnia 16 września 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **14 września 2010 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum firm: 1) Przedsiębiorstwo Robót Specjalistycznych Wschód Sp. z o.o., (lider) oraz 2) Kobud sp. z o.o., 3) Korporacja Gwarecka S.A z adresem dla lidera konsorcjum: ul. Wrońska 2, 20-327 Lublin** w dniu 30 sierpnia 2010 r., w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Lubelski Węgiel „Bogdanka” SA w Bogdance, 21 - 013 Puchaczów, Bogdanka**

przy udziale wykonawcy **Konsorcjum firm: 1) LINTER - KWADRO Spółka z o.o. (lider), 2) WAMAG S.A, 3) PPH Gwarek Sp. z o.o. z adresem dla lidera konsorcjum: ul. Górnicza 5A, 21-010 Łęczna**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. Kosztami postępowania obciąża Konsorcjum firm: 1) Przedsiębiorstwo Robót Specjalistycznych Wschód Sp. z o.o., (lider) oraz 2) Kobud sp. z o.o., 3) Korporacja Gwarecka S.A z adresem dla lidera konsorcjum: ul. Wrońska 2, 20-327 Lublin i nakazuje

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczony

przez **Konsorcjum firm: 1) Przedsiębiorstwo Robót Specjalistycznych Wschód Sp. z o.o., (lider) oraz 2) Kobud sp. z o.o., 3) Korporacja Gwarecka S.A z adresem dla lidera konsorcjum: ul. Wrońska 2, 20-327 Lublin** stanowiący koszty postępowania odwoławczego;

- 2) dokonać wpłaty kwoty 3.946,69 zł (słownie: trzy tysiące dziewięćset czterdzieści sześć złotych sześćdziesiąt dziewięć groszy) przez **Konsorcjum firm: 1) Przedsiębiorstwo Robót Specjalistycznych Wschód Sp. z o.o., (lider) oraz 2) Kobud sp. z o.o., 3) Korporacja Gwarecka S.A z adresem dla lidera konsorcjum: ul. Wrońska 2, 20-327 Lublin** na rzecz **Lubelski Węgiel „Bogdanka” SA w Bogdance, 21 - 013 Puchaczów, Bogdanka** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz koszty związane z dojazdem na rozprawę.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Lublinie**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

do wyroku z dnia 16 września 2010 r. w sprawie o sygn. akt: KIO 1875/10

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu

nieograniczonego na wykonywanie robót górniczych w polu IV, pokład 385/2 - rejon Bogdanka, w kopalni Lubelski Węgiel „Bogdanka” SA. - nr 4944, zostało wszczęte przez Lubelski Węgiel „Bogdanka” SA. w Bogdancie, 21 - 013 Puchaczów, Bogdanka zwane dalej: „Zamawiającym”, ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2010/S 112-170658 w dniu 11.06.2010 r.

W dniu 20.08.2010 r. faxem Zamawiający poinformował zgodnie z ustawą z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2007 Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) zwanej dalej: „Pzp” o wyborze najkorzystniejszej oferty Konsorcjum *LINTER – KWADRO – WAMAG - GWAREK*. Poinformował także, że druga pozycje zajęło Konsorcjum firm: 1) Przedsiębiorstwo Robót Specjalistycznych Wschód Sp. z o.o., (lider) oraz 2) Kobud sp. z o.o., 3) Korporacja Gwarecka S.A. z adresem dla lidera konsorcjum: ul. Wrońska 2, 20-327 Lublin zwane dalej: „Konsorcjum PRS WSCHÓD” albo „Odwołującym”.

Zaskarżonej czynności Zamawiającego zarzucam naruszenie przepisów ustawy mające istotny wpływ na rozstrzygnięcie, to jest:

1. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez niewłaściwą ocenę i wadliwy wybór oferty oraz zaniechanie odrzucenia oferty, której treść nie odpowiada Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SIWZ” i jest niezgodna z pkt 7 a), c) i f) ppkt 3 i 6 cz. II Opisu przedmiotu zamówienia (część III SIWZ) i z pkt 1. 8) Rozdz. VI cz. I SIWZ (*Instrukcja dla wykonawców*) w szczególności w zakresie:
 - niespełniania przez pojemniki-worki do wykładki mechanicznej aktualnych wymagań atestacyjnych stosownie do SIWZ;
 - zaproponowania pojemników-worków służących do innych celów, niż wskazane w SIWZ;
 - niewykazania posiadania przez konsorcjanta ubezpieczenia zgodnego z SIWZ.
2. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp przez dokonanie niewłaściwej oceny i wadliwego wyboru oferty oraz zaniechanie odrzucenia oferty, zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
3. naruszenie art. 90 ust. 1 Pzp przez dokonanie niewłaściwej oceny oferty i zaniechanie zwrócenia się do konsorcjum firm „LINTER KWADRO” - „WAMAG” - „GWAREK” o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w celu ustalenia, czy oferta zawiera cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia;

1

-
4. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp przez niewłaściwą ocenę i wadliwy wybór oferty oraz zaniechanie odrzucenia oferty, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, to jest rozpowszechnianie wiadomości nieprawdziwych i wprowadzających w błąd co do oferowanych materiałów (art. 14 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji) oraz utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku przez oferowanie usług poniżej kosztu ich świadczenia (art. 15 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji).
 5. naruszenie art. 87 ust. 1 Pzp przez zaniechanie zwrócenia się do konsorcjum firm „LINTER KWADRO” - „WAMAG” - „GWAREK” o udzielenie wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty, w szczególności co do posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej ze szczególnym przedmiotem zamówienia.

Wnosił o:

1. nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny złożonych ofert z uwzględnieniem, iż oferta złożona przez konsorcjum firm „LINTER KWADRO” - „WAMAG” - „GWAREK” podlega odrzuceniu jako niezgodna z treścią SIWZ i dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej;
2. nakazanie Zamawiającemu zwrócenia się do konsorcjum firm „LINTER KWADRO” - „WAMAG” - „GWAREK” o udzielenie wyjaśnień:
 - dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w celu zweryfikowania, czy oferta zawiera cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia;
 - dotyczących treści złożonej oferty, w szczególności co do posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej ze

szczególnym przedmiotem zamówienia.

3. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania według norm przepisanych.

W trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na wykonywanie robót górniczych w polu IV, pokład 385/2 - rejon Bogdanka, w kopalni Lubelski Węgiel „Bogdanka” S.A. zostały złożone dwie oferty: oferta konsorcjum firm „PRS WSCHÓD” sp. z o.o. - Przedsiębiorstwo „KOBUD” sp. z o.o. - „Korporacja Gwarecka” S.A. oraz oferta konsorcjum firm „LINTER KWADRO” sp. z o.o. - „WAMAG” S.A. - PPH „GWAREK” sp. z o.o. Dokonany wybór nie może zostać zaakceptowany ze względu na uchybienia przepisom Pzp w trakcie postępowania, mające wpływ na jego wynik. Odwołujący podnosi, że w przypadku uwzględnienia odwołania, jego oferta będzie ofertą najkorzystniejszą, co w oczywisty sposób

2

uzasadnia interes prawny we wniesieniu niniejszego środka ochrony prawnej.

W pierwszym rzędzie należy wskazać na niezgodność wybranej oferty ze SIWZ.

Zgodnie z pkt 7 a) cz. II Opisu przedmiotu zamówienia (część III SIWZ), pojemniki (worki) do wykładki mechanicznej powinny spełniać wymagania ustawy z dnia 12 grudnia 2003 r. o ogólnym bezpieczeństwie produktu (Dz. U. z 2003 r., Nr 229, poz. 2275) i aktów prawnych z nim związanych oraz rozporządzenia Ministra Gospodarki z dnia 28 czerwca 2002 r. w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy, prowadzenia ruchu oraz

w podziemnych specjalistycznego zabezpieczenia

przeciwpożarowego zakładach

górniczych (Dz. U. z 2002 r. Nr 139, poz. 1169 i Dz. U. z 2006 r. Nr 124, poz. 863, dalej jako Rozporządzenie); w szczególności muszą spełniać wymagania § 360 wymienionego

Rozporządzenia w zakresie trudnopalności, antyelektrostatyczności i nietoksyczności

(*W wyrobiskach górniczych stosuje się materiały chemiczne i wyroby z tworzyw sztucznych spełniające wymagania trudnopalności, antyelektrostatyczności i nietoksyczności,*

a przenośniki taśmowe wyposaża się w taśmę trudno palną, urządzenie kontroli ruchu oraz samoczynnie uruchamiane urządzenia gaśnicze). Według treści pkt 7 c) cz. II Opisu

przedmiotu zamówienia: „Wyrób musi posiadać badania zakończone pozytywnym wynikiem na okoliczność spełnienia wymagań § 360 w/w rozporządzenia Ministra Gospodarki w zakresie trudnopalności, antyelektrostatyczności i nietoksyczności, potwierdzone

przez specjalistyczną jednostkę certyfikującą, Certyfikatem wydanym, uprawnioną

bezpieczeństwa lub zgodności”. Podkreślił, iż w pkt 7 b) cz. II Opisu przedmiotu zamówienia

wskazano, iż: „Zamawiający informuje, że przedmiotowy wyrób stosowany będzie

w wyrobiskach górniczych kopalni „Bogdanka” w warunkach zagrożeń naturalnych tam występujących, a w szczególności zagrożenia: samozapalnością węgla, wybuchem pyłu węglowego, wodnego, metanowego I kategorii”.

Z tej przyczyny, mając na uwadze konieczność zapewnienia bezpieczeństwa ludzi i sprzętu, Zamawiający oczekiwał zaoferowania przez potencjalnych wykonawców wyrobów w pełni bezpiecznych i należycie zweryfikowanych przez jednostki certyfikujące.

Z dokumentów załączonych do oferty wynika, iż worki-pojemniki do wykładki mechanicznej zaproponowane przez konsorcjum „LINTER KWADRO” - „WAMAG” - „GWAREK” nie spełniają tego zasadniczego kryterium SIWZ. Jedyne dokumentem, który odnosi się do zweryfikowania worków do wykładki mechanicznej pod kątem powyższych wymagań jest certyfikat nr KOMAG/09/B/253 z dnia 06.10.2009 r. (str. 193 -195 oferty). Trzeba tu zauważyć, że powszechną i oczywistą praktyką w przypadku takich wyrobów jest przedstawianie Zamawiającemu nie tylko samego certyfikatu na wyrób ostateczny (worki), lecz także sprawozdań z badań i certyfikatów odnoszących się do półproduktów (tu: tkanina) wykorzystywanych do produkcji wyrobu ostatecznego. Oczywiście w tym konkretnym wypadku tkanina to zasadniczy i główny element gotowego wyrobu - czyli worka do wykładki

3

mechanicznej. Takich dokumentów nie dołączono do oferty, co oznacza, iż nie jest ona kompletna i na jej podstawie nie jest możliwe dokonanie oceny przydatności i bezpieczeństwa wyrobu przez Zamawiającego.

Certyfikat nr KOMAG/09/B/253, o który wystąpiono w celu umożliwienia oznaczania wyrobu (worków do wykładki mechanicznej) znakiem bezpieczeństwa, został wydany firmie

Kwadro Sp. z o.o. przez „Instytut Techniki Górniczej KOMAG w Gliwicach - Zakład Badań Atestacyjnych - Jednostka Certyfikująca” m.in. w oparciu o następujące certyfikaty i sprawozdania z badań:

- certyfikat czeski nr WUU-041/H/2006 na tkaninę techniczną typu Vmytol 752 DUO NV z 2006 r., wydany dla ówczesnego producenta tej tkaniny tj. firmy FATRA a.s.
- wyniki badań rezystancji tkaniny technicznej typu Vinytol 752 DUO NV nr 05/0097 z roku 2005, wykonane przez instytut z Ostravy, Czechy

Przedsiębiorstwo FATRA zaprzestało produkcji tkaniny Vinytol 752 DUO NV z dniem 31.03.2008 r. Produkcję prowadzi inna firma czeska. Certyfikaty udzielone firmie FATRA utraciły ważność z dniem 01.04.2008 r.

Zatem w okresie, w którym został wydany certyfikat nr KOMAG/09/B/253 (06.10.2009 r.) producentem tkaniny Vinytol 752 DUO NV, z której są wytwarzane pojemniki do wykładki mechanicznej, nie była firma FATRA. Z tej przyczyny jednostce certyfikującej wyrób (czyli ITG KOMAG) powinno się przedstawić certyfikaty tkaniny posiadane przez aktualnego producenta tkaniny, a nie jakiegokolwiek inne archiwalne dokumenty, które w danym momencie nie dotyczą rzeczywiście produkowanych materiałów.

Producent worków - firma KWADRO - wprowadziła w błąd ITG KOMAG, przedstawiając archiwalny certyfikat, zamiast aktualnego certyfikatu - o ile taki istnieje - dla tkaniny planowanej do wykorzystania do produkcji pojemników. Zauważył, że procedura certyfikacji wymaga złożenia wniosku-kwestionariusza importera, w którym opisuje się w jasny sposób, jaki podmiot produkuje tkaninę wykorzystywaną do produkcji wyrobu poddawanego certyfikacji (tu: worki do wykładki mechanicznej), jakie zostały ustalone - już na etapie certyfikacji - zasady współpracy i zakupu od takiego producenta tkaniny. Jednostka certyfikująca w czasie ważności wydanego przez siebie certyfikatu prowadzi następnie okresowe audyty bezpośrednio u producenta tkaniny, stale potwierdzając zgodność półproduktu z wymaganiami bezpieczeństwa, co jest oczywiście niemożliwe jeśli producent zaprzestał produkcji takiego półproduktu (tu: tkaniny).

Z wyliczeń opartych na dokumentacji przetargowej wynika, iż do wykonania zamówienia konieczne jest 65.625 szt. worków, co oznacza, iż niezbędne jest zabezpieczenie handlowe zakupu co najmniej 139.125 m² tkaniny do ich wyprodukowania. Konsorcjum „LINTER KWADRO” - „WAMAG” - „GWAREK” posłużyło się certyfikatem nr KOMAG/09/B/253 (06.10.2009 r.) wydanym wadliwie w oparciu o certyfikat czeski

4

nieaktualny już od ponad 2 lat i w oparciu o czeskie badania rezystancji z 2005 r., które z uwagi na utratę aktualności nie mogły być przedłożone jednostce certyfikującej - to jest Instytutowi Techniki Górniczej KOMAG.

Pismem z dnia 09.08.2010 r. firma DLD Sp. z o.o. z siedzibą w Trzebinii, producent pojemników-worków do wykładki mechanicznej z tkaniny Vinytol (i zarazem jeden z oferentów w nierozstrzygniętym do chwili obecnej przetargu organizowanym przez LW Bogdanka S.A. na „dostawę pojemników do wykładki mechanicznej a odrzwiami obudowy chodnikowej - nr postępowania 4927/2010”, gdzie zamówieniem objęte jest ok. 170 tys. worków, czyli konieczne jest ok. 350 tys. m² tkaniny Vinytol), wystąpiła do „Instytutu Techniki Górniczej KOMAG w Gliwicach - Zakład Badań Atestacyjnych - Jednostka Certyfikująca” z wnioskiem o rozważenie procedury unieważnienia certyfikatu KOMAG/09/B/253 (z 06.10.2009), powołując się w szczególności na powyższe argumenty. Firma DLD jest jedynym uprawnionym do korzystania na rynku polskim z nazwy handlowej Vinytol, w oparciu o Świadectwo Ochronne nr 205265. Dowód: pismo DLD Sp. z o.o. z dnia 09.08.2010 r.

Podkreślił, że pomimo wyrażonego *expressis verbis* w § 360 przywołanego Rozporządzenia wymagania co do antyelektrostatyczności, w certyfikacie KOMAG nie przywołano żadnych sprawozdań dotyczących spełnienia tego wymagania, zgodnych z dokumentem p.t.: „Kryteria oceny materiałów niemetalowych przeznaczonych dla górnictwa podziemnego” przyjętym przez Główny Instytut Górnictwa w Katowicach, obowiązującego w 2009 r. Na dzień 6.10.2009 r. (dzień wydania certyfikatu KOMAG uprawniającego do oznakowania pojemnika znakiem bezpieczeństwa B) w celu spełnienia kryteriów antyelektrostatyczności dla tkaniny, z której są wykonane pojemniki do wykładki mechanicznej należało wykonać badania pomiaru rezystancji powierzchniowej oraz pomiędzy punktami zgodnie z normą PN-EN 61340-2-3:2002 - mającą charakter normy metodologicznej.

Z kolei norma PN-EN 13463-1:2003, do której odwołuje się wprost certyfikat KOMAG/09/B/253, już w chwili jego wydania była nieaktualna. Zaznaczyć też trzeba, że jest to norma opiniotwórcza, a nie metodologiczna, zatem nie daje ona dostatecznych wskazówek do badań i jest traktowana wyłącznie jako wyjaśnienia uzupełniające do wymagań wynikających z przepisów (§ 360 Rozporządzenia) i normy PN-EN 61340-2-3:2002. Nieaktualna norma nie mogła stanowić podstawy badania i certyfikacji wyrobu (worków do wykładki mechanicznej), co najwyżej podstawą taką mogła być uzupełniająco norma w nowej wersji, obowiązującej w październiku 2009 r. *Dowód: kopia pierwszych stron normy PN-EN 13463-1:2010*

Niezgodność oferty konsorcjum „LINTER KWADRO” - „WAMAG” - „GWAREK” z treścią SIWZ zachodzi też w zakresie planowanego umiejscawiania pojemników do

5

wykładki mechanicznej. Zgodnie z pkt 7 f) ppkt 6 cz. II Opisu przedmiotu zamówienia (cz. III SIWZ):

- *pojemniki będą zabudowywane pomiędzy odrzwiami obudowy chodnikowej a opinką z siatki okładzinowej i po napełnieniu spoiwem muszą zapewnić: wypełnienie przestrzeni pomiędzy odrzwiami obudowy a opinką, dociśnięcie opinki stropu i ociosów do wyłomu wyrobiska, stabilne i pewne podparcie stropu.*

Zgodnie z treścią oferty konsorcjum „LINTER KWADRO” - „WAMAG” - „GWAREK” (dokumentacja techniczno - ruchowa, str. 185 oferty, pkt 3. *Przeznaczenie i zakres stosowania*):

- *Pojemniki [do wykładki mechanicznej] służą głównie do wykładki pustej przestrzeni pomiędzy obudową chodnikową a wyłomem w celu równomiernego rozłożenia obciążenia obudowy chodnikowej. Mogą być również używane do wypełniania innych pustek w wyrobiskach kopalnianych, do wykonywania pasów izolacyjnych (np. do izolacji zrobów) oraz do innych podobnych zastosowań.*

Porównanie treści oferty z brzmieniem zapisów SIWZ w przywołanym zakresie pozwala na sformułowanie wniosku o nieodpowiedniości proponowanych przez konsorcjum „LINTER KWADRO” - „WAMAG” - „GWAREK” pojemników do wykonania zamówienia. Według zamierzenia Zamawiającego, pojemniki mają zapewnić wypełnienie przestrzeni pomiędzy odrzwiami obudowy a opinką. Tymczasem z treści oferty wynika, że proponowane przez konsorcjum pojemniki są przeznaczone do wypełnienia pustej przestrzeni pomiędzy obudową chodnikową a wyłomem, co wskazuje na ich nieprzydatność do zapalenia przestrzeni zgodnie z oczekiwaniem Zamawiającego.

Treść oferty konsorcjum „LINTER KWADRO” - „WAMAG” - „GWAREK” nie odpowiada też SIWZ co do wymagań dotyczących ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej ze specyficznym przedmiotem zamówienia. Zgodnie z pkt 1. 8) Rozdz. VI cz. I SIWZ (*Instrukcja dla wykonawców*), wykonujący załącza do formularza oferty w szczególności:

- *opłaconą polisę lub inny dokument ubezpieczenia potwierdzający, że Wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia. Kwota ubezpieczenia nie powinna być niższa niż 500.000,00 PLN.*

Tymczasem do oferty konsorcjum „LINTER KWADRO” - „WAMAG” - „GWAREK” załączono m.in. dowód ubezpieczenia przedsiębiorstwa Linter Kwadro sp. z o.o., w którym zamieszczono jedynie lakoniczny i ogólnikowy zapis o zawarciu umowy ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej w związku z prowadzoną działalnością lub posiadanym mieniem w zakresie podstawowym (k. 57 oferty). Nie ma w nim mowy o ubezpieczeniu odpowiedzialności cywilnej w zakresie robót górniczych, podczas gdy w dowodach

6

ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej przedłożonych przez pozostałych członków konsorcjum wskazano zakres ubezpieczenia obejmujący także szkody powstałe w kopalniach pod ziemią (k. 65 oferty) i szkody powstałe prac górniczych i podziemnych (k. 62). Ogólnikowe sformułowanie zakresu ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej spółki Linter Kwadro sp. z o.o. nasuwa uzasadnione wątpliwości co do zgodności zakresu ubezpieczenia z wymaganiami sformułowanymi w SIWZ. Zamawiający nie podjął żadnych działań w celu wyjaśnienia, czy polisa ubezpieczeniowa przedstawiona przez Linter Kwadro

sp. z o.o. w istocie jest zgodna z wymaganiami wskazanymi w SIWZ, czyli że obejmuje także specyficzną „działalność związaną z przedmiotem zamówienia”, a nie jest tylko ubezpieczeniem od standardowych ryzyk, mogących wynikać z tzw. zwykłym obrocie gospodarczym. Jak wynika z powyższych przykładów, uważna analiza treści oferty pozwala na dostrzeżenie jej niezgodności z wymaganiami sformułowanymi w SIWZ. W celu rozwikłania tych niejasności Zamawiający mógł i powinien zwrócić się do oferenta o udzielenie stosownych wyjaśnień (w szczególności co do zakresu polisy ubezpieczeniowej). Takie wyjaśnienia w zestawieniu z treścią SIWZ i treścią oferty pozwoliłyby na dokonanie pełnej i prawidłowej oceny oferty konsorcjum „LINTER KWADRO” - „WAMAG” - „GWAREK”.

Zaproponowana przez konsorcjum „LINTER KWADRO” - „WAMAG” - „GWAREK” łączna cena wykonania przedmiotu zamówienia w wysokości 84.238.932,10 zł brutto jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i jednocześnie znacząco odbiega od ceny zaproponowanej w ofercie konsorcjum „PRS - KOBUD - KORPORACJA GWARECKA” (102.462.989,50 zł brutto) oraz od kwoty, jaką na wykonanie zamówienia przeznaczał Zamawiający (103.414.632 zł brutto).

Brak ustawowego zdefiniowania pojęcia rażąco niskiej ceny skłania do odwołania się do wykładni językowej tego pojęcia: za cenę rażąco niską należy uznać taką, która znacząco odbiega od cen rynkowych (por. W. Dzierżanowski, J. Jurzykowski, M. Stachowiak, Komentarz do ustawy - Prawo zamówień publicznych, Lex 2010). Dokonując badania ofert, Zamawiający w celu ustalenia, czy nie ma do czynienia z ceną rażąco niską, powinien cenę zaproponowaną w ofercie odnieść w pierwszej kolejności do ustalonej przez siebie wartości zamówienia. Gdy cena oferty odbiega od wartości zamówienia ustalonej przez Zamawiającego albo rażąco odbiega od cen innych ofert (jak jest w przypadku oferty konsorcjum „LINTER KWADRO” - „WAMAG” - „GWAREK”), Zamawiający powinien ustalić, czy podana w ofercie cena została prawidłowo ustalona i czy nie jest rażąco niska w rozumieniu przepisów ustawy. W tym celu Zamawiający powinien zgodnie z dyspozycją art. 90 Pzp zwrócić się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Jak wynika z dokumentacji przetargowej, Zamawiający zaniechał wezwania do udzielenia wyjaśnień

7

w tym zakresie. Dowód: dokumenty postępowania przetargowego prowadzone przez Zamawiającego.

Powyższe uchybienia Zamawiającego doprowadziły ponadto do dokonania wyboru oferty, której złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z art. 3 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U.03.153.1503 t.j. z późn. zm.) zwanej dalej: „UZNK”:

1. Czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

2. Czynami nieuczciwej konkurencji są w szczególności: [...] wprowadzające w błąd oznaczenie towarów lub usług, [...], utrudnianie dostępu do rynku [...].

Zgodnie z art. 14 UZNK:

1. Czynem nieuczciwej konkurencji jest rozpowszechnianie nieprawdziwych lub w błąd wiadomości o swoim lub innym przedsiębiorcy albo wprowadzających przedsiębiorstwie, w celu przysporzenia korzyści lub wyrządzenia szkody.

2. Wiadomościami, o których mowa w ust. 1, są nieprawdziwe lub wprowadzające w błąd informacje, w szczególności o: [...]

2) wytwarzanych towarach lub świadczonych usługach; [...]

3. Rozpowszechnianiem wiadomości, o których mowa w ust. 1, jest również posługiwanie się: [...]

2) nieprawdziwymi atestami;

3) nierzetelnymi wynikami badań; [...]

Wynika z tego, iż posłużenie się przez konsorcjum „LINTER KWADRO” - „WAMAG” - „GWAREK” nieaktualnymi atestami i badaniami co do materiałów oferowanych do wykonywania usług objętych przetargiem (pojemniki-worki do wykładki), mimo oczekiwanej przez Zamawiającego aktualności takich atestów i badań, jest rozpowszechnianiem wiadomości nieprawdziwych i wprowadzających w błąd, co stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Dodatkowo, stosownie do art. 15 UZNK:

1. Czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do

rynku, w szczególności przez:

1) sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców; [...]

Jak wynika z materiałów przetargowych, cena zaproponowana przez konsorcjum „LINTER KWADRO” - „WAMAG” - „GWAREK” znacząco odbiega od ceny zaproponowanej w konkurencyjnej ofercie, jak też przewidzianej przez Zamawiającego kwoty na wykonanie zamówienia. Decydujące znaczenie ma weryfikacja, czy cena zaoferowanych usług została ustalona na poziomie niższym niż koszt ich świadczenia, biorąc pod uwagę technologię i materiały wymagane przez Zamawiającego w SIWZ.

8

Zamawiający w dniu 30.08.2010 r. wezwał faxem w trybie art. 185 ust.1 Pzp uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 02.09.2010 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Konsorcjum firm:

1) LINTER - KWADRO Spółka z o.o. (lider), 2) WAMAG S.A, 3) PPH Gwarek Sp. z o.o. z adresem dla lidera konsorcjum: ul. Górnicza 5A, 21-010 Łęczna, zwane dalej: „Konsorcjum LINTER – KWADRO – WAMAG - GWAREK” albo „Przystępującym” zgłosiła przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu. Przystępujący wnosi o oddalenie odwołania w całości i nakazanie Odwołującemu pokrycie kosztów postępowania odwoławczego. W ocenie Przystępującego, odwołanie wniesiony przez Odwołującego jest całkowicie bezzasadne i winno zostać oddalone w całości. Oferta Przystępującego nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, jako że jest zgodna z SIWZ w tym powołanymi pkt 7 lit. a, c, f) ppkt 3 i 6 cz. II, a przedstawione argumenty są nieprawdziwe. Pojemniki - worki spełniają wymogi atestacyjne oraz pozostałe wymogi SIWZ. W pierwszej kolejności podniósł, iż Przystępujący zaakceptował całą treść SIWZ i złożył oświadczenie co do zgodności oferty z SIWZ, w tym więc kontekście należy interpretować treść oferty. Nadto odrzuceniem mogłaby skutkować niezgodność z SIWZ, która nie podlega dyspozycji art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Wątpliwości interpretacyjne podnoszone przez Odwołującego dotyczą wąskich i drugorzędnych elementów, a każdy z nich jest usuwalny. Odnosnie argumentów natury technicznej należy wskazać, iż Odwołujący powołuje się, uzasadniając swoje twierdzenia, na „powszechną i oczywistą praktykę” pomijając treść powołanych przepisów i Ustawy o ogólnym bezpieczeństwie produktu. Przystępujący co podnosi Odwołujący przedstawił certyfikat. Certyfikat ten potwierdza żądane cechy produktu zgodnie z treścią SIWZ, gdzie nie wskazano na wymogi dotyczące półfabrykatów i półproduktów. Analizując produkt gotowy dokonuję się i uwzględnia w sposób oczywisty półfabrykaty, z których są zrobione, bez konieczności atestowania każdego z elementów z osobna. Ustawa mówi o bezpieczeństwie produktu i takie cechy produkt ten spełnia. Podobnie SIWZ powołuje się na „wyrób”. Kwestia ta pozostaje więc poza zakresem analizy treści SIWZ, abstrahując nawet od kwestii oczywistej, że aby wyrób był bezpieczny musi być stworzony z takich materiałów. Nie jest prawdą, aby przedmiotowy certyfikat utracił ważność. Brak jest zarówno przesłanek faktycznych, jak i prawnych dla wywołania takich następstw prawnych. Nie znajduje to również potwierdzenia w treści odwołania i załączonych dokumentach. Odwołujący się poprzestał na nieudokumentowanych twierdzeniach, a powoływanie się na wprowadzenie w błąd jednostki certyfikującej stanowi pomówienie. Przedstawiony dokument DLD Sp. z o.o. nie ma mocy dowodowej po pierwsze nie jest on podpisany po drugie nie świadczy w żaden sposób

9

o wadliwości certyfikatu. Jest to działanie podmiotu konkurencyjnego na rynku. Nadto fakt, iż postępowanie o stwierdzenie nieważności certyfikatu nie zostało wszczęte świadczy o zgola odmiennym stanie faktycznym i prawnym. W przypadku podtrzymywania wniosku dowodowego przez odwołującego z tego dokumentu wnosimy o przeprowadzenie dowodu z odpowiedzi Komag dla DLD Sp. z o.o., jako że nie jesteśmy stroną żadnego postępowania administracyjnego w tym w sprawie nieważności certyfikatu, nie mamy możliwości pozyskania tych dokumentów. Podsumowując należy wskazać, że certyfikat a wraz z nim dokumentacja stanowiąca podstawę jego wydania i powołana w certyfikacie potwierdza spełnienie wymogów zawartych w SIWZ.

Zarzut niezgodności oferty LINTER-KWADRO, WAMAG i GWAREK z treścią SIWZ pkt. 7 f) ppkt 6 cz. II Opisu przedmiotu zamówienia - jest grą słów i niezrozumieniem technologii pracy oraz potrzeby technologii wykładki mechanicznej. Wg sztuki górniczej pojemniki wraz z wypełniaczem czyli razem zwane wykładką mechaniczną służą do wypełniania pustej przestrzeni pomiędzy obudową chodnikową, a wyłomem w celu równomiernego rozłożenia obciążenia na obudowę oraz co jest bardziej istotne do jak najszybszego uzyskania podporności wstępnej obudowy. Zamawiający użył zwrotu: Pojemniki będą zabudowane pomiędzy odrzwiami obudowy chodnikowej, a opinką z siatki okładzinowej, czyli określił miejsce zabudowy, ale w dalszym ciągu po napełnieniu spoiwem, pojemniki te muszą wypełnić przestrzeń pomiędzy obudową chodnikową a wyłomem. Zarzut o niezgodności SIWZ wynika z braku znajomości sztuki górniczej.

Cena ustalona została w oparciu warunki rynkowe, porównywalne z innymi świadczonymi tego typu usługami, w związku z tym brak było również podstaw do wzywania do wyjaśnień w tym względzie (art. 89 ust 1 pkt 4 w zw. z art. 90 Pzp). Odwołujący nie wskazuje, które z parametrów ustalenia ceny miałyby być „dumpingowe”. Samo porównanie jego oferty z ceną Przystępującego nie ma żadnej mocy dowodowej i nie świadczy o rynkowości lub nie cen. Sam Odwołujący nie potrafi wskazać, która z pozycji miałyby być obciążona wadą „rażąco niska”. Również powołany fragment z literatury jest niepełny: *„W tej sytuacji, opierając się na wykładni językowej, należałoby przyjąć, że użyty zwrot oznacza ofertę z ceną niewiarygodnie niską, znacząco odbiegającą od cen rynkowych (W. Dzierżanowski, J. Jurzykowski, M. Stachowiak, Komentarz do ustawy Prawo zamówień publicznych 2010)”. Brak jest podstaw do przyjęcia takiego stanowiska. Zawarte w ofercie parametry pozwalają na właściwą ocenę zasad ustalenia wynagrodzenia jako że formularz ofertowy był szczegółowy stąd brak potrzeb podejmowania dodatkowych działań w tym względzie.*

Ubezpieczenia posiadane przez spółkę zgodne są z wymogami SIWZ (art. 89 ust 1 pkt 2, art. 87 Pzp) w związku z powyższym brak było podstaw do stosowania w tym względzie procedury wyjaśniania. Wymóg ubezpieczenia dotyczył: „prowadzonej

10

działalności związanej z przedmiotem zamówienia”. Fakt iż dokumenty ubezpieczeniowe pozostałych konsorcjantów zawierają bardziej szczegółowe opisy nie ma znaczenia dla sprawy i nie jest argumentem świadczącym o braku ubezpieczenia po stronie Lidera konsorcjum. Dokument polisy wskazuje wprost na ubezpieczenie „odpowiedzialności cywilnej w związku z prowadzoną działalnością”. Rodzaj prowadzonej działalności wyznacza faktycznie prowadzona przez dany podmiot działalność. Wszystkie klasyfikacje jak PKD i Regon służą w mniejszym lub większym zakresie celom organizacyjnym lub podatkowym, precyzując jednakże to co faktycznie podmiot świadczy, ma również znaczenie dla ubezpieczycieli. Ubezpieczenie OC prowadzonej działalności odnosi się więc do wszelkich form aktywności przedsiębiorcy o ile wyraźnie takiej działalności nie wyłączone. Lider konsorcjum posiada wprost w PKD wskazany punkt - Działalność usługowa wspomagająca górnictwo i wydobywanie zgodny z przedmiotem zamówienia. Jest to jego jedna z głównych działalności. Nie było więc również potrzeby prowadzić w tym względzie postępowania wyjaśniającego. Nadto gdyby oceniać tymi samymi kryteriami Odwołującego to w tym zakresie ma miejsce dalej idące naruszenie jako że w polisie OC firmy Kobud widnieje jako przedmiot działalności wprost inna działalność a mianowicie objęte jest ubezpieczeniem jedynie działanie w ramach: „przedsiębiorstwa budowlanego, co winno skutkować odrzuceniem oferty Odwołującego”. Złożenie oferty nie stanowiło czynu nieuczciwej konkurencji, a powoływanie tego argumentu przy użyciu nieprawdziwych informacji taki czyn stanowi, gdyż jest to naruszenie art. 14 tej ustawy. Z Odwołania wynika wprost, że twierdzenia o nieaktualnych atestach i badaniach nie zostały poparte żadnymi dokumentami, a takich wymagałoby stawianie takich oskarżeń.

Do otwarcia posiedzenia Lubelski Węgiel „Bogdanka” SA. w Bogdanie, 21 - 013 Puchaczów, Bogdanka zwany dalej: „Zamawiającym” wobec wniesienia odwołanie do Prezesa KIO nie wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedzi na odwołanie.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, zapoznaniu się z materiałem dowodowym wskazanym poniżej, zawiadomieniem o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 20.08.2010 r., odwołaniem wraz z załącznikami, przystąpieniem do odwołania, odpowiedzią na

odwołanie złożoną przez Zamawiającego na rozprawie wraz z załącznikami, pisemnym stanowiskiem Odwołującego złożonym na rozprawie wraz z załącznikami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez

11

Izbę odwołanie, po dniu 29 stycznia 2010 r., tj. po dniu wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), do rozpoznawania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy Pzp w nowym brzmieniu, tj. po dniu wejścia w życie wskazanych przepisów.

W drugiej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 Pzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający go do złożenia odwołania, przy założeniu potwierdzenia się zarzutów odnośnie oferty Przystępującego.

Zdaniem Izby, Odwołujący, którego oferta została sklasyfikowana w rankingu złożonych ofert zaraz po ofercie Przystępującego, w przypadku uwzględnienia odwołania, powtórzenia czynności badania i oceny złożonych ofert i odrzucenia jego oferty, ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Skład orzekający Izby działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności z postanowień SIWZ, Kalkulacji nr IG/WG/251/120/1/2010 z dnia 16.07.2010 r., oferty Przystępującego, zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 20.08.2010 r., odwołania wraz z załącznikami, przystąpienia do odwołania, odpowiedzi na odwołanie złożonej przez Zamawiającego na rozprawie wraz z załącznikami (tabela nr 1, tabela nr 5 oraz rysunek przykładowego przekroju chodnika) oraz pisemnego stanowiska Odwołującego złożonego na rozprawie wraz z załącznikami (1) kopii dokumentów Polskiego Stowarzyszenia na rzecz Badań Technicznych i Atestacji; 2) listy członków Stowarzyszenia – wydruk ze strony www.znak-b.pl; 3) kopii wystąpienia Odwołującego do Stowarzyszenia na rzecz Badań Technicznych i Atestacji; 4) kopii wystąpień do podmiotów czeskich z potwierdzeniem wysyłki oraz transmisji faxowej; 5) kopii pisma z dnia 24.08.2010 r. Jednostki Certyfikującej - Instytut Techniki Górniczej KOMAG; 6) kopii pism firmy DLS Sp. z o.o. - dwa pisma z dnia 09.08.2010 r., w drugim wypadku data przesłania faxem 02.09.2010 r.; 7) kopii czeskiego certyfikatu Nr VVUU - 041/H/2006 – w języku angielskim wraz z tłumaczeniem na język polski /przedłożonym oddzielnie na rozprawie/; 8) kopii pisma firmy SVITAP z dnia 23.07.2010 r.; 9) kopii pisma z dnia 27.08.2010 r. firmy SVITAP wraz z certyfikatem Nr 583/08/TLO – w języku czeskim wraz z tłumaczeniem na j. polski /przedłożonym oddzielnie na rozprawie/; 10) kopii wydruk ze strony internetowej – pkn.pl; 11) kopii właściwej strony dokumentu p.t.: „Kryteria oceny materiałów niemetalowych przeznaczonych dla górnictwa podziemnego – GOG Katowice”; 12) kopii pierwszej strony normy PN-EN 13463-1:2010 /wydruk normy metodologicznej PN-EN 61340-2-3:2002

12

przedłożony oddzielnie na rozprawie/; 13) kopii odpisów dokumentów rejestracyjnych PPHU KWADRAT Sp. z o.o.; 14) kopia certyfikatu zgodności firmy KWADRAT S.C.; 15) kopii Certyfikatu bezpieczeństwa „B” nr KOMAG/09/B/253; 16) przykładowych kwestionariuszy jednostek certyfikujących; 17) kopii wydruk emaila z firmy SVITAP oraz zestawienie poszczególnych wycenionych pozycji obu złożonych ofert oraz 18) rysunek przykładowego przekroju chodnika.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także stanowiska i oświadczenia stron złożone ustnie do protokołu. Ponadto przedłożono także na rozprawie protokół Komisji Przetargowej z dnia 27.07.2010 r.; wydruk normy metodologicznej PN-EN 61340-2-3:2002 oraz tłumaczenia certyfikatów czeskich z j. angielskiego oraz czeskiego na j. polski. Izba dopuściła także dowód z przesłuchania strony

Odwołującego, tj. Prezesa Zarządu lidera Konsorcjum PRS WSCHÓD.

Izba nie uznała wniosku o odroczenie rozprawy, biorąc pod uwagę, że Zamawiający zobowiązał się do przedstawienia na rozprawie odpowiedzi na odwołanie (co uczynił zgodnie ze zobowiązaniem, nie ma zaś obowiązku przesłania odpowiedzi na odwołanie stronie przeciwnej, tudzież taka odpowiedź może być udzielona nawet dopiero na rozprawie – art. 186 ust.1 Pzp). Zaś wnioskowane dowody, tj. odpowiedzi od trzech podmiotów trzecich, względem których wystosował pisma w odniesieniu do nich, nie dają pewności, co do ewentualnych ich charakteru. Nie można wykluczyć, że byłyby one podobnego charakteru, co stanowisko Jednostki Certyfikującej – tzn. niepomysłne dla Odwołującego, gdyż podtrzymywało ważność wydanego certyfikatu bezpieczeństwa. Odwołujący znając procedury związane z zamówieniami publicznymi miał wiedzę, biorąc pod uwagę profesjonalny charakter pełnomocnika, odnośnie terminów obowiązujących w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz odwoławczym. Izba nie mogła uwzględnić wniosku o odroczenie, o co najmniej 14 dni, w domyśle do czasu uzyskania odpowiedzi, czyli nawet dłużej niż wskazany czasookres. To na stronie wywodzącej określone skutki prawne spoczywa ciężar dowodu, Izba nie może utrudniać przeprowadzenia postępowania, tylko dlatego, że Odwołujący nie uzyskał do czasu rozprawy wystarczających dowodów na poparcie swojego stanowiska. Z tych względów Izba uznała, że wnioskowane dowody, a w konsekwencji odroczenie rozprawy, zostały powołane dla zwłoki.

Wniosek o powołanie biegłego (na podstawie art. 190 ust. 3 i 4 Pzp) Izba oddalił uznając z mocy art. 190 ust. 7 Pzp, że zmierza on tylko i wyłącznie do podważenia przedłożonego certyfikatu bezpieczeństwa, tudzież procesu certyfikacji, nie ma on „*de facto*” na celu wykazania, że treść oferty nie odpowiada treści SIWZ. Izba wskazuje w tym zakresie, na brak obowiązku jego przedłożenia wraz z ofertą. W konsekwencji nawet jego skuteczne podważenie nie będzie automatycznie świadczyć, że zaoferowano wyrób nie spełniający

13

postanowień SIWZ - z pkt 7 a, b i c) cz. II Opisu przedmiotu zamówienia – cz. III SIWZ. Nie unieważni także automatycznie certyfikatu, z uwagi na istniejące procedury w tym zakresie. Nie bez znaczenia jest okoliczność bagatelizowana przez Odwołującego potwierdzenia przez Jednostkę Certyfikującą ważności wydanego certyfikatu bezpieczeństwa. Należy także zauważyć, że Przystępujący jak wskazał w przystąpieniu złożył oświadczenie w ofercie (str. 5 oferty), co do zgodności oferty z SIWZ. W konsekwencji wobec braku wymogu przedłożenia certyfikatu bezpieczeństwa, Zamawiający w toku realizacji zamówienia będzie weryfikował dostarczany wyrób, co potwierdził w toku rozprawy, ponosząc także wszelkie wynikające z tego faktu konsekwencje.

Izba wskazuje, że zgodnie z art.190 ust.1 zd. 2 Pzp: *„Dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawić aż do zamknięcia rozprawy”*. Z tych względów Izba nie uznała jako dowodu w sprawie, czy też jako załącznika do protokołu z rozprawy z dnia 14.09.2010 r. pism Odwołującego, jak i Zamawiającego wraz z załącznikami (wpływ do Prezesa KIO w dniu 15.09.2010 r. po zamknięciu rozprawy, odpowiednio faxem, a w drugim wypadku wpływ bezpośredni). Dodatkowo podnosząc, że nie może tego uczynić na podstawie art. 161 KPC w zw. z art. 13 § 2 KPC w zw. z art. 185 ust. 7 Pzp. Wskazując w tym zakresie, że przytoczona podstawa prawna wraz z odesłaniem jest niewłaściwa, albowiem przepisy KPC inne niż dotyczące przepisów o sądzie polubownym nie mają zastosowania (art. 185 ust. 7 Pzp). W tym zakresie Izba powołuje się także na orzecznictwo KIO (por. wyrok KIO z dnia 09.04.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 394/09, wyrok z dnia 30.06.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 741/09, wyrok z dnia 07.10.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 1203/09, czy też wyrok z dnia 03.09.2010 r., sygn. akt: KIO 1725/10, sygn. akt: 1727/10): *„(...) wskazując, że art. 184 ust. 6 Pzp (aktualnie art. 185 ust. 7 Pzp – dopisek autora) stanowiący odesłanie w zakresie nieuregulowanym przepisami ustawy do przepisów kodeksu postępowania cywilnego o postępowaniu przed sądem polubownym nie daje podstawy do odpowiedniego stosowania przepisów kpc o trybie procesowym, tj. poprzez art. 13 § 2 kpc do art. 317 § 1 kpc (w tym stanie faktycznym art. 161 kpc – dopisek autora), a to z (tego) względu (na to – dopisek autora), że na mocy art. 1184 § 2 zd. 2 kpc sąd polubowny nie jest związany przepisami o postępowaniu (przepisami kpc). Tym samym niedopuszczalne jest na gruncie ustawy szczególnej w odniesieniu do ustawy KPC jaką jest Pzp odpowiednie stosowanie innych części kpc jak tylko przepisów o sądzie polubownym”*.

Odnosząc się do podniesionego w treści odwołania zarzutu stwierdzić należy, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp z uwagi na:

a) niespełnianie przez pojemniki-worki do wkładki Przystępującego aktualnych wymagań

14

atestacyjnych, b) zaproponowanie pojemników – worków służących do innych celów, niż wskazane w SIWZ i c) niewykazanie posiadania przez lidera konsorcjum Przystępującego ubezpieczenia zgodnego z SIWZ, nie zasługują na uwzględnienie. W tym kontekście został również podniesiony zarzut zaniechania przeprowadzenia przez Zamawiającego postępowania wyjaśniającego w trybie art. 87 ust.1 Pzp w związku z tym aspektem zarzutu naruszenia art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp wskazanym w lit. b i c powyżej.

Skład orzekający Izby dokonał następujących ustaleń odnośnie zarzutu:

Zgodnie z pkt 7 a) cz. II Opisu przedmiotu zamówienia (część III SIWZ): „pojemniki (worki) do wykładki mechanicznej powinny spełniać wymagania ustawy z dnia 12 grudnia 2003 r. o ogólnym bezpieczeństwie produktu (Dz. U. z 2003 r., Nr 229, poz. 2275) i aktów prawnych z nim związanych oraz rozporządzenia Ministra Gospodarki z dnia 28 czerwca 2002 r. w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy, prowadzenia ruchu oraz w podziemnych specjalistycznego zabezpieczenia

przeciwpożarowego zakładach

górnictwa (Dz. U. z 2002 r. Nr 139, poz. 1169 i Dz. U. z 2006 r. Nr 124, poz. 863, dalej jako Rozporządzenie); w szczególności muszą spełniać wymagania § 360 wymienionego Rozporządzenia w zakresie trudnopalności, antyelektrostatyczności i nietoksyczności”.

Z kolei w pkt 7 b) cz. II Opisu przedmiotu zamówienia wskazano, iż: „Zamawiający informuje, że przedmiotowy wyrób stosowany będzie w wyrobiskach górniczych kopalni „Bogdanka” w warunkach zagrożeń naturalnych tam występujących, a w szczególności zagrożenia: samozapalnością węgla, wybuchem pyłu węglowego, wodnego, metanowego I kategorii”.

Według treści pkt 7 c) cz. II Opisu przedmiotu zamówienia: „Wyrób musi posiadać badania zakończone pozytywnym wynikiem na okoliczność spełnienia wymagań § 360 w/w rozporządzenia Ministra Gospodarki w zakresie trudnopalności, antyelektrostatyczności i nietoksyczności, potwierdzone wydaniem, przez uprawnioną specjalistyczną jednostkę certyfikującą, Certyfikatem bezpieczeństwa lub zgodności”.

Zgodnie z pkt 7 f) ppkt 3 cz. II Opisu przedmiotu zamówienia (cz. III SIWZ): „pojemniki muszą być przystosowane do napełniania ich płynnym spoiwem szybkowiążącym, poprzez zainstalowany w powłoce zawór zwrotny, zabezpieczający zaczyn przed wypłynięciem, zawór musi być umieszczony w takim miejscu aby umożliwił napełnienie pojemnika ze spągu wyrobiska lub z pomostu kombajnu”, a ppkt 6 cz. II Opisu przedmiotu zamówienia (cz. III SIWZ): „pojemniki będą zabudowywane pomiędzy odrzwiami obudowy chodnikowej a opinką z siatki okładzinowej i po napełnieniu spoiwem muszą zapewnić: wypełnienie przestrzeni pomiędzy odrzwiami obudowy a opinką, dociśnięcie opinki stropu i ociosów do wyłomu wyrobiska, stabilne i pewne podparcie stropu”.

Ponadto, zgodnie z pkt 1. 8) Rozdz. VI cz. I SIWZ (Instrukcja dla wykonawców),

15

wykonujący załącza do formularza oferty w szczególności:

- opłaconą polisę lub inny dokument ubezpieczenia potwierdzający, że Wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia. Kwota ubezpieczenia nie powinna być niższa niż 500.000,00 PLN.

Przystępujący w ramach złożonej oferty przedłożył m.in. certyfikat bezpieczeństwa „B” KOMAG/09/B/253 z dnia 06.10.2009 r. (str. 193 -195 oferty).

Natomiast zgodnie z treścią oferty Przystępującego (dokumentacja techniczno – ruchowa - DTR, str. 185 oferty, pkt 3. Przeznaczenie i zakres stosowania): „Pojemniki [do wykładki mechanicznej] służą głównie do wykładki pustej przestrzeni pomiędzy obudową chodnikową a wyłomem w celu równomiernego rozłożenia obciążenia obudowy chodnikowej. Mogą być również używane do wypełniania innych pustek w wyrobiskach kopalnianych, do wykonywania pasów izolacyjnych (np. do izolacji zrobów) oraz do innych

podobnych zastosowań". Wskazana DTR-ka została załączona do oferty (str. od 182 do 192). Przystępujący załączył dowód ubezpieczenia lidera konsorcjum, w którym zamieszczono zapis o zawarciu umowy ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej w związku z prowadzoną działalnością lub posiadaniem mieniem w zakresie podstawowym (str. 57 oferty). Dowody ubezpieczeniu odpowiedzialności przedłożone przez pozostałych członków konsorcjum wskazywały zakres ubezpieczenia obejmujący szkody powstałe w kopalniach pod ziemią (str. 65 oferty) i szkody powstałe prac górniczych i podziemnych (str. 62-64 oferty).

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, że jak przyznały *de facto* na rozprawie strony, brak było w SIWZ wymogu złożenia certyfikatu bezpieczeństwa wraz z ofertą. Z tym, że Odwołujący wymóg przedłożenia, tak jak i konieczność przedłożenia wyników badań na półprodukty, z których wytworzono wyrób wywodził ze zwyczaju („powszechną i oczywistą praktykę”), tudzież zasady celowościowego, racjonalnego działania Zamawiającego. Izba podnosi, że jedyny zapis SIWZ w tym zakresie, to konieczność przedłożenia wraz z ofertą deklaracji zgodności wyrobu potwierdzającej jego parametry techniczne i ich zgodność z wymaganiami oraz możliwość jego zastosowania jako spoiwa szybkowiązającego cementowego do wykonywania wkładki mechanicznej za obudową chodnikową w kopalni węgla kamiennego (pkt 8 e) cz. II Opisu przedmiotu zamówienia - część III SIWZ). Przywoływane przez Odwołującego postanowienia SIWZ z pkt 7 a, b i c) cz. II Opisu przedmiotu zamówienia - część III SIWZ, dotyczą tylko i wyłącznie wymogów jakie mają spełniać oferowane worki - pojemniki. Istotne jest także, że w każdym z przypadków jest mowa o „wyrobach”, a nie o półproduktach. Odnosnie stwierdzenia „posiadać badania”,

16

w ocenie Izby wskazane postanowienie SIWZ, jak i podnoszone powyżej okoliczności należy odnieść, co najwyżej do wymogów wynikających z powszechnie obowiązujących przepisów prawa, jakie mają spełniać worki-pojemniki, tzn. powinny spełniać wymagania ustawy z dnia 12 grudnia 2003 r. o ogólnym bezpieczeństwie produktu (Dz. U. z 2003 r., Nr 229, poz. 2275) i aktów prawnych z nim związanych oraz rozporządzenia Ministra Gospodarki z dnia 28 czerwca 2002 r. w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy, prowadzenia ruchu oraz specjalistycznego zabezpieczenia przeciwpożarowego w podziemnych zakładach górniczych (Dz. U. z 2002 r. Nr 139, poz. 1169 i Dz. U. z 2006 r. Nr 124, poz. 863); w szczególności muszą spełniać wymagania § 360 wymienionego Rozporządzenia w zakresie trudnopalności, antyelektrostatyczności i nietoksyczności. Poza tym posiadać badania zakończone pozytywnym wynikiem na okoliczność spełnienia wymagań § 360 w/w rozporządzenia Ministra Gospodarki w zakresie trudnopalności, antyelektrostatyczności i nietoksyczności, potwierdzone wydanym, przez uprawnioną specjalistyczną jednostkę certyfikującą, Certyfikatem bezpieczeństwa lub zgodności.

W konsekwencji cała argumentacja i załączone dowody odnośnie przedłożonego przez Przystępującego Certyfikatu bezpieczeństwa „B” (str. 193 -195 oferty) należy uznać za bezprzedmiotowe. Na marginesie Izba wskazuje, że jeśli Odwołujący miał wątpliwości w przedmiotowej kwestii - tj. złożenia Certyfikatu bezpieczeństwa „B” - a stan faktyczny i stanowisko z rozprawy, podczas której Odwołujący poruszył niniejszą kwestię z własnej inicjatywy, powyższe potwierdza, winien wnieść odwołanie na postanowienia SIWZ w celu doprecyzowania, czy też jednoznacznego rozstrzygnięcia w tej materii. Wszelkie bowiem niejednoznaczności SIWZ nie mogą być rozpatrywane na niekorzyść uczestników postępowania, czyli tak Odwołującego, jak i Przystępującego. Izba nie odżegnując się od wskazanego powyżej stanowiska, uznała także, że winna mimo zaistniałych okoliczności poczynić uwagi względem obszernej argumentacji i złożonych dowodów przez Odwołującego w zakresie złożonego przez Przystępującego Certyfikatu bezpieczeństwa „B”.

Po pierwsze, stwierdza, że kluczową kwestią jest potwierdzony niezbieżny fakt, że Jednostka Certyfikująca (Instytut Techniki Górniczej KOMAG) nie tylko nie uznała argumentacji Odwołującego, a opartej na pismach firmy DLS Sp. z o.o. (kopie załączone do stanowiska Odwołującego na rozprawie – dwa pisma z dnia 09.08.2010 r., w drugim wypadku data przesłania faxem 02.09.2010 r.), ale przeciwnie podtrzymał ważność spornego Certyfikatu bezpieczeństwa „B” nr KOMAG/09/B/253 (kopia pisma z dnia 24.08.2010 r. załączone do stanowiska Odwołującego na rozprawie). Jego stanowisko – w tym także ważność czeskiego certyfikatu Nr VVUU -041/H/2006 – będącego m.in. podstawą wydania

spornego Certyfikatu bezpieczeństwa „B” nr KOMAG/09/B/253, znajduje potwierdzenie także w przedłożonym na rozprawie niniejszym certyfikacie (kopia) w języku angielskim wraz z tłumaczeniem na język polski. Po drugie, Izba nie ma prerogatyw do podważania ważności

17

certyfikatu, gdyż nie leży to w jej kognicji, a służy do tego stosowna procedura unieważnienia wydanego certyfikatu. Po trzecie norma przywołana w certyfikacie według wiedzy opartej m.in. na ustaleniach z wyroku KIO z dnia 12.04.2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 363/10 została wycofana z dniem 02.04.2009 r., potwierdza to także stosowny dowód przedłożony przez Odwołującego (kopia wydruk ze strony internetowej – pkn.pl). Jednakże, należy uznać, że nie ma to kluczowego znaczenia albowiem Odwołujący nie odniósł się, ani też nie wykazał, aby aktualnie obowiązujące normy wprowadzały zmienione lub nowe wymogi technologiczne. Poza tym, Zamawiający nie wymagał, aby Certyfikat bezpieczeństwa zawierał pełny wykaz norm, które dany wyrób spełniają, tudzież półprodukty, chociażby z uwagi na brak wymogu jako takiego, tj. przedłożenia Certyfikatu bezpieczeństwa, także same postanowienia z pkt 7 a, b i c) cz. II Opisu przedmiotu zamówienia – cz. III SIWZ, nie zawierają żadnych uregulowań w tym zakresie. W konsekwencji odnoszenie się do braku wskazania normy metodologicznej PN-EN 61340-2-3:2002 w treści certyfikatu jest bezzasadne, co czyni bezprzedmiotowość dowód – przedłożonego na rozprawie przez Odwołującego wydruku przedmiotowej normy. W tym zakresie dowód załączony do odwołania, jak i stanowiska Odwołującego złożonego na rozprawie, tj. kopia właściwej strony dokumentu p.t.: „*Kryteria oceny materiałów niemetalowych przeznaczonych dla górnictwa podziemnego – GOG Katowice*”, tudzież kopii pierwszej strony normy PN-EN 13463-1:2010, pozostają także bez wpływu na ocenę zaistniałego stanu faktycznego. Izba nie widzi podstaw, biorąc pod uwagę brak konieczności przywołania pełnego wykazu stosowanych norm, jak i stanowisko Jednostki Certyfikującej – kopia pisma z dnia z dnia 24.08.2010 r., do kwestionowania powyższego stanu rzeczy. Należy także zauważyć, że nie znany jest czasookres badań i atestacji, czyli procesu certyfikacji, biorąc pod uwagę, że określone badania były prowadzone w maju 2009 r. (kopia pisma Jednostki Certyfikującej z dnia 24.08.2010 r. – pkt 2 str.1), zaś stosowny wniosek mógł zostać złożony przed wycofaniem normy PN-EN ISO 13463-1: 2003 „Urządzenia nieelektryczne w przestrzeniach zagrożonych wybuchem. Część 1: Podstawowe założenia i wymagania”, powyższe nie pozostaje bez wpływu na ocenę zaistniałego stanu faktycznego.

Izba nie preczy, że firma SVITAP produkuje tkaninę Vinytol 752 DUO (kopia pisma z dnia 27.08.2010 r. wraz z certyfikatem Nr 583/08/TLO – w języku czeskim wraz z tłumaczeniem na j. polski – złożone na rozprawie wraz ze stanowiskiem Odwołującego, a tłumaczenie oddzielnie w toku samej rozprawy), jednakże Odwołujący nie wykazał w sposób niebudzący wątpliwości, że firma FATRA a. s. z dniem 01.04.2008 r. zaprzestała produkcji tkaniny. Należy wskazać, nie negując ilości tkaniny zakupionej w terminie do dnia 01.01.2008 r. do 31.03.2008 r. przez firmę KWADRAT S.C. (obecnie PPHU KWADRAT Sp. z o.o.) producenta worków-pojemników (kopia pisma firmy SVITAP z dnia 23.07.2010 r.), z którego dostaw będzie korzystał Przystępujący, że nie można wykluczyć, iż Przystępujący

18

ma zapasy magazynowe z wyprodukowanym produktem, tzn. wyrobem (worki-pojemniki) nie na potrzeby przedmiotowego postępowania, ale zakupione od innego Wykonawcy (producenta), który zakupił tkaninę z firmy FATRA a. s., tzn. innego niż KWADRAT S.C., czy też PPHU KWADRAT Sp. z o.o. Postanowienia SIWZ nie zawierają żadnych ograniczeń, co do konieczności bieżącego produkowania pojemników-worków na potrzeby przedmiotowego postępowania i zakaz dostarczania wyrobów wyprodukowanych wcześniej. Nie ma też wymogu dostarczania przez cały okres realizacji zamówienia, tj. 48 miesięcy worków-pojemników od jednego producenta. Załączenie umowy przedwstępnej z producentem PPHU KWADRAT Sp. z o.o. nie zmienia oceny Izby w tym zakresie (str.181 oferty). Izba nie może wyciągać negatywnych konsekwencji z dokumentu, który nie miał charakteru obligatoryjnego, czyli nie był wiążący dla stron postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Izba także nie może wykluczyć, że KWADRAT S.C. (obecnie PPHU KWADRAT Sp. z o.o.) zakupiła tkaninę Vinytol 752 DUO od podmiotu trzeciego, który wcześniej nabył ją od firmy FATRA a. s. przed 01.04.2008 r.

Odnosnie kopii certyfikatu zgodności firmy KWADRAT S.C. (załączony przez

Odwołującego w ramach stanowiska przedłożonego na rozprawie) nie jest on przedmiotem niniejszego postępowania, z tych względów Izba dodatkowo neguje jego moc dowodową, analogicznie traktując kopie protokołu Komisji Przetargowej z dnia 27.07.2010 r. (przedłożony na rozprawie przez Zamawiającego, jak dowód spełniania przez worki-pojemniki Przystępującego wszystkich wymogów technologicznych i ich zgodności z treścią SIWZ) pochodzący z innego postępowania przetargowego prowadzonego przez Zamawiającego równolegle. Należy także wskazać, że certyfikat zgodności firmy KWADRAT S.C. jest innym dokumentem, tzn. nie jest certyfikatem bezpieczeństwa. Z tych względów Certyfikat zgodności Nr KOMAG/08/ATEX/ST/60 niniejszej spółki, tudzież kopie odpisów dokumentów rejestracyjnych PPHU KWADRAT Sp. z o.o. (wcześniej KWADRAT S.C.), biorąc pod uwagę także argumentację wcześniejszą przedstawioną powyżej (akapit poprzedzający – opartą na możliwości zakupu tkaniny Vinytol 752 DUO od podmiotów trzecich) nie mają żadnej mocy dowodowej. Izba także wskazuje, że wobec nie wykazania przez Odwołującego, że definitywnie firma FATRA a. s. po 01.04.2008 r. nie produkuje tkaniny Vinytol 752 DUO, a podmiot trzeci nie odsprzedał tkaniny Vinytol 752 DUO przed 01.04.2010 r. firmie KWADRAT S.C. (obecnie PPHU KWADRAT Sp. z o.o.) nie można uznać zasadności argumentacji Odwołującego ze str. 5 pisma złożonego na rozprawie przez Odwołującego i załączonych na tą okoliczność kopii odpisów dokumentów rejestracyjnych PPHU KWADRAT Sp. z o.o. (wcześniej KWADRAT S.C.).

Izba uznała także, że przykładowe kwestionariusze jednostek certyfikujących załączone przez Odwołującego do jego stanowiska przedłożonego na rozprawie stanowią co najwyżej materiał poglądowy i nie mają wpływu na ocenę przedmiotowego stanu

19

faktycznego. Wobec oddalenia wniosku o odroczenie rozprawy, Izba uznaje za bezprzedmiotowe dla niniejszego postępowania odwoławczego załączone do stanowiska Odwołującego przedłożonego na rozprawie: 1) kopie dokumentów Polskiego Stowarzyszenia na rzecz Badań Technicznych i Atestacji, 2) listę członków Stowarzyszenia – wydruk ze strony www.znak-b.pl; 3) kopie wystąpienia Odwołującego do Stowarzyszenia na rzecz Badań Technicznych i Atestacji oraz 4) kopie wystąpień do podmiotów czeskich z potwierdzeniem wysyłki oraz transmisji faxowej.

Względem kwestii umiejscowienia pojemników-worków, Izba potwierdza, że fragmenty dokumentacji techniczno-ruchowej (DTR-ki) Przystępującego mają charakter ogólny z racji nie przygotowywania na potrzeby przedmiotowego, czy też innego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i nie mogą one stanowić wystarczającej podstawy do uznania, że treść oferty odpowiada, czy też nie odpowiada treści SIWZ. Jednakże art. 87 ust.1 Pzp ma charakter fakultatywny, czego nie dostrzega Odwołujący, a wszelkie konsekwencje jego nie zastosowania ponosi Zamawiający, brak jest sankcji w tym zakresie. Odwołujący wskazywał na rozprawie, a potwierdzało to także, w ocenie Izby, przesłuchanie strony (dowód dopuszczony przez Izbę na podstawie art. 190 ust. 3 Pzp), tj. Prezesa Zarządu lidera Konsorcjum PRS WSCHÓD, że ze wskazanej DTR nie wynika, że pojemniki-worki mogą służyć, tak jak wymagał tego Zamawiający (pkt 7 ppkt 6 cz. II Opis przedmiotu zamówienia – cz. III SIWZ). Izba po przeanalizowaniu całej DTR-ki (str. od 182 do 192 oferty) wskazuje, że nie ma także podstaw do twierdzenia, że przeznaczenie pojemników-worków, ich zastosowanie nie może być takie, jak wymagał Zamawiający. Z tych względów, Izba uznała, że Zamawiający mógł uznać bezzasadność żądania wyjaśnień ze strony Przystępującego, zastrzegając zarazem, że wszelkie ewentualne konsekwencje i odpowiedzialność, tzn. ich brak, poniesie sam Zamawiający. Przedłożone przez obie strony rysunki przykładowe przekroju chodnika, Izba uznaje za materiały poglądowe.

Odnosnie kwestii polisy złożonej przez lidera konsorcjum Przystępującego na str. 57-58 oferty, Izba wskazuje, że po pierwsze, polisa po nowelizacji Pzp - po dniu 29 stycznia 2010 r., tj. po dniu wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778 - i zgodnie z Rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2009 r., Nr 226, poz. 1817) zwanego dalej: „Rozporządzeniem w sprawie rodzajów dokumentów” wraz ze sprawozdaniem finansowym ma na celu wykazanie spełniania warunku ekonomicznego, a nie potwierdzać ubezpieczenia przedmiotu zamówienia, tj. danego kontraktu. Rozporządzenie w sprawie rodzajów dokumentów, tj. dodanie w § 1 ust. 1 pkt 10

wyrok KIO z dnia 30.06.2010 r., sygn. akt: KIO 1206/10). W konsekwencji zakwalifikowanie zarzutu, jako odnoszącego się do art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jest błędem.

Izba podnosi, że treść polisy dotyczy zawarcia umowy ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej w związku z prowadzoną działalnością lub posiadanym mieniem w zakresie podstawowym, jak i zawiera klauzule dodatkowe, jak i klauzule produktowe. Nie zawiera wyłączeń określonej prowadzonej działalności, należy więc domniemywać, że odnosi się do całej prowadzonej działalności. Odwołujący formułuje w odwołaniu tylko wątpliwości, nie poparte żadnym dowodem potwierdzającym ich zasadność (brak jest także jakichkolwiek dowodów w obszernym stanowisku Odwołującego złożonym na rozprawie). W konsekwencji brak jakichkolwiek podstaw za wyjątkiem spekulacji Odwołującego do uznania twierdzeń, że przedłożona polisa nie dotyczy prowadzonej działalności związanej ze szczególnym przedmiotem zamówienia. W tym zakresie, Izba wskazuje ponownie na fakultatywny charakter art. 87 ust. 1 Pzp, odnosząc się do zarzutu zaniechania zwrócenia się do wyjaśnień co treści złożonej oferty. Wskazując jedynie na marginesie, że właściwym byłby zarzut naruszenia art. 26 ust. 4 Pzp, który nie został sformułowany przez Odwołującego, co uniemożliwia Izbie odniesienie się do niego.

Nie bez znaczenia jest także okoliczność tego rodzaju, że Przystępujący, tj. jego ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia, nie musi z uwagi na sformułowanie „związanej” odnosić się ono do całości przedmiotu zamówienia. Izba podtrzymuje także stanowisko wynikające z orzecznictwa, że polisa ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej nie musi być tożsama z pełnym zakresem działalności ujawnionym w KRS Wykonawcy (podobnie wyrok KIO z dnia 19.05.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 429/08, czy też wyrok KIO z dnia 02.07.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 763/09).

Należy także zauważyć, że zgodnie z SIWZ (Rozdz. VII pkt 6) warunek dotyczący m.in. kwestionowanej polisy, Wykonawcy występujący wspólnie, tak jak Przystępujący muszą spełniać wspólnie, a z treści odwołania wynika, że zarzut odnosi się tylko do lidera konsorcjum, bo pozostali partnerzy konsorcjum wprost zawarli zapis w przedłożonych polisach uznany przez Odwołującego (str. od 62 do 64 oferty oraz str. 65 oferty).

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego w sytuacji, gdy cena zawarta w ofercie stanowi cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz zaniechania wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, Izba uznała za niezasadny.

Skład orzekający Izby dokonał następujących ustaleń odnośnie zarzutu:

Przystępujący zaoferował cenę wykonania przedmiotu zamówienia w wysokości

84.238.932,10 zł brutto. Odwołujący z kolei cenę wykonania przedmiotu zamówienia w wysokości 102.462.989,50 zł brutto. Zamawiający poinformował, że na wykonanie zamówienia przeznaczał kwotę: 103.414.632 zł brutto. Zgodnie z Kalkulacją nr IG/WG/251/120/1/2010 z dnia 16.07.2010 r. – wartość kosztorysowa robót netto: 84.765.272,56 zł, zaś wartość kosztorysowa robót brutto: 103.413.632,52 zł.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje.

Po pierwsze, zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp z uwagi na brak zastosowania wezwania do wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, czyni taki zarzut chybionym z uwagi na jego przedwczesny charakter (podobnie m.in. wyrok KIO z dnia 04.02.2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 117/10).

Po drugie, Izba wskazuje, że wielokrotnie orzecznictwo KIO, jak i sądowe wskazywało, że: „Dodatkowo podkreślenia wymaga, iż ustawa „prawo zamówień publicznych” nie definiuje pojęcia „rażąco niska cena” ani nie wskazuje, jakie kryteria należy brać pod uwagę, dokonując kwalifikacji pod to pojęcie”. (Wyrok Sądu Okręgowy w Poznaniu z dnia 12.06.2008 r., sygn. akt: X Ga 140/08), „Pojęcie „rażąco niska cena” nie jest zdefiniowane w ustawie Pzp. W świetle orzecznictwa przyjmuje się, że punktem odniesienia dla pojęcia rażąco niskiej ceny może być przedmiot zamówienia i jego wartość (vide:

postanowienie SO w Poznaniu z dnia 17 stycznia 2006 r. sygn. akt: II Ca 2194/05) oraz ceny innych ofert złożonych w postępowaniu. Za ofertę z rażąco niską ceną należy uznać ofertę, której cena jest nierealna w relacji do cen rynkowych podobnych zamówień, co oznacza, że odbiega ona od cen przyjętych, wskazując na fakt wykonania zamówienia poniżej kosztów wytworzenia. Jak stwierdził SO w Katowicach w wyroku z dnia 30 stycznia 2007 r. sygn. akt XIX Ga 3/07 o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych. Przykładem może być oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia albo oferowanie usług za symboliczną kwotę. Biorąc pod uwagę powyższe, ustalenie, iż cena oferty jest niższa od cen innych ofert złożonych w postępowaniu nie jest wystarczające do uznania danej ceny za rażąco niską. Izba podziela pogląd, iż cena nie może być oceniana wyłącznie według kryterium arytmetycznego (wyrok ETS z dnia 18 czerwca 1991r. w sprawie C - 295/89 również wyrok ETS w sprawie 76/81 ("Transporoute") i wyrok ETS z dnia 22 czerwca 1989 r. w sprawie C-103/88 ("Fratelli Costanzo")) (wyrok KIO z dnia 13.03.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 249/09, czy też wyrok KIO z dnia 20.03.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 284/09). Skład orzekający Izby podziela w pełni wyrażone powyżej stanowisko, zwraca jednak uwagę na konieczność indywidualnego podejścia do każdej sprawy związanej z zarzutem ceny rażąco niskiej (podobnie wyrok KIO z dnia 24.03.2009 r.,

22

sygn. akt: KIO/UZP 297/09). Nie wolno bowiem zapominać, że: „zamawiający dysponuje szerokim zakresem uznania i każdy przypadek, w którym występuje podejrzenie zaniżenia ceny, należy traktować indywidualnie” (podobnie wyrok KIO z dnia 13.03.2008 r. sygn. akt: KIO/UZP 179/08). W zakresie ceny rażąco niskiej Izba wskazuje także na stanowisko doktryny, która stwierdza nawet, że „(..) Nie można (..) postawić znaku równości pomiędzy ceną rażąco niską, a wykonywaniem zamówienia poniżej kosztów wytworzenia. Przejściowe oferowanie cen poniżej kosztów wytworzenia może być w konkretnej sytuacji podyktowane racjonalną strategią gospodarczą, w szczególności gdy dany wykonawca dopiero pojawia się w danym segmencie rynku lub wprowadza nowy produkt. W przepisie chodzi raczej o cenę spekulacyjną, która dla Wykonawcy niesie ryzyko niewywiązania się z kontraktu, zaś dla zamawiającego – niebezpieczeństwo uwikłania się w złe rokujące przedsięwzięcie. (..)”. (G. Wicik, P. Wiśniewski: „Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz. Suplement aktualizacyjny”, C. H. Beck, W-wa 2007, str. 452-453).

W konsekwencji Izba uznała stanowisko przedstawione na rozprawie przez Zamawiającego, a oparte na argumentacji wynikającej z odpowiedzi na odwołanie oraz załączonych tabel (tabela nr 1 oraz tabela nr 5), za wiarygodne. Samo zestawienie poszczególnych wycenionych pozycji obu złożonych ofert (przedłożone jako dowód – jako załączniki - na rozprawie w ramach pisemnego stanowiska Odwołującego – trzy strony) nie stanowią wystarczającej podstawy do uznania zaistnienia konieczności przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego w trybie art. 90 ust.1 Pzp w zakresie podejrzenia ceny rażąco niskiej, ani też tym bardziej uznania, że cena zawarta w ofercie Przystępującego stanowi cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia. Izba wskazuje na kompleksowy charakter zaoferowanej ceny i zasadność stanowiska, że kwestia rażąco niskiej ceny należy rozpatrywać w stosunku do całego przedmiotu zamówienia, a nie do poszczególnych jego elementów (podobnie wyrok KIO z dnia 12.01.2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 1594/09 wraz z przywołanym tam orzecnictwem arbitrażowym oraz sądowym). Poza tym, okoliczność że złożono tylko dwie oferty nie pozwala w sposób miarodajny wziąć pod uwagę zaoferowanych cen. Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, także w ramach pisemnego stanowiska, iż realizacja przedmiotowego zamówienia za zaoferowaną cenę nie jest możliwa bez osiągnięcia strat po stronie Przystępującego. W tym zakresie ciężar dowodu spoczywał na Odwołującym. Załączony wydruk emaila z firmy SVITAP (załącznik do stanowiska Odwołującego złożonego na rozprawie) w żaden sposób powyższego nie wykazuje.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W konsekwencji nie potwierdzenia się zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp, jak i art. 87 ust.1 Pzp, ani też art. 89 ust.1 pkt 4 i art. 90 ust.1 Pzp, Izba uznała także za niezasadny zarzut naruszenia art. 89 ust.1 pkt 3 Pzp w związku z art. 14

23

ust.1 i 15 ust.1 UZNK.

Jednocześnie wskazując, że biorąc pod uwagę stanowisko Jednostki Certyfikującej, jak i ważność Certyfikatu bezpieczeństwa i certyfikatów na tkaninę, tudzież argumentację opartą na generalnym braku konieczności przedłożenia kwestowanego certyfikatu bezpieczeństwa, jak i wyników badań na półprodukty wraz z ofertą nie można uznać potwierdzenia się posługiwania się nieprawdziwymi atestami i nierzetelnymi wynikami badań. Nie zostały więc spełnione przesłanki wynikające z art. 14 ust.1 UZNK.

Izba podnosi również, że nawet ewentualne uznanie, czego Odwołujący nie wykazał, że będzie miała miejsce realizacja zamówienia poniżej kosztów własnych, nie wystarcza jeszcze do zakwalifikowania danego zachowania jako czynu nieuczciwej konkurencji. Konieczne jest ponadto wykazanie, że doszło do tego w celu eliminacji innych przedsiębiorców z rynku danych świadczeń, co oznacza, że dozwolona jest sprzedaż poniżej kosztów, dokonywana w innym celu (podobnie wyrok KIO z dnia 23.02.2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 1941/09, wyrok KIO z dnia 02.03.2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 1951/09, czy też wyrok KIO z dnia 1.07.2010 r., sygn. akt: KIO 1233/10). W konsekwencji nie zaistniały też przesłanki wynikające z art. 15 ust.1 UZNK.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Pzp, a także w oparciu o § 5 ust. 3 pkt 1 i ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a i 2 lit. a i b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r. Nr 41, poz. 238). Izba uznała wniosek Zamawiającego o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika uznając za uzasadnione koszty w kwocie 3.600,00 zł, tj. maksymalnej kwocie dopuszczonej przez w/w rozporządzenie (§ 3 pkt 2 lit. b w/w rozporządzenia). Ponadto, uznając zasadność wniosku Zamawiającego o zasądzenie kosztów dojazdu na wyznaczoną rozprawę w wysokości 346,69 zł zgodnie z przedłożoną kopią faktury VAT (§ 3 pkt 2 lit. a w/w rozporządzenia).

Przewodniczący:

.....